✠

ADDICION AL ALEGATO, POR EL ILVSTRE DVQVE DE Gandia, y Don Iuan Bautista Lorens y Prima.

CON DON OTGER CATALA,

SOBRE

AVER PAGADO LEGITIMAMENTE DON IVAN Bautista al Procurador de el Duque las cantidades que avian de vencer de la locacion otorgada à su favor.

1 DESPVES de escrito el Alegato, que se entregò à los Señores de la Sala, pareciò que obligava lo grave de la causa, à conforçar mas los fundamentos, con que Don Iuan Bautista legitima la paga del dia 18. de Diziembre de 1691. y que no pudo anularla el sequestro, que despues se puso.

2 Y para ello entro suponiendo, que aviendose disputado mucho tiempo sobre la legitimidad, ò ilegitimidad de la possession del Duque, impugnada por Don Otger, y otros litigan-

tes, pronunciaron los Votos del S.S.C. de Aragon, publicados por Ioseph Lorenço de Saboya, en 31. de Octubre de 1692. (despues de aver referido, y ponderado los fundamentos de vna, y otra parte) en la forma siguiente:

3 *Et quia iustis causis, & motivis ex processibus resultantibus, illis sedulò ac maturè perpensis, attendendisque attentis, venit declarandum, seu providendum modo quo infra. Idcircò deliberationem, & conclusionem in S.S. R.C. sumptam, nobisque transmissam insequendo: Pronuntiamus, sententiamus, & declaramus sine præiudicio iurium partium, tàm in possessorio, quàm in petitorio, iurisdictiones, redditus, & fructus Villarum, seu Locorum de Nules, Mascarell, Moncofa, & Villa-Vella in præsenti Regno, & spectantium ad Dominum illarum, & eorum dependentium sequestrandos esse, &c. hoc tamen intellecto, quod sequestrator teneatur idonee cavere, & pecunias ex fructibus processas deponere in tabula, &c. ad soltam Iudicis ad quem spectat, &c.*

4 Este pronunciamento fue sequestro necessario, que puso el S.S.C. *iustis causis, & motivis*; y assi no quedàra por èl privado el Duque de su possession, aunque no se expressàra en la Sentencia el salvamento, *sine præiudicio iurium partium, &c. l. intereffe. ff. de adq. possess. cap. Examinata de Iudic. cap. 1. & 2. vt lit. pendent.* communiter DD. Gail. *lib. 1. observat. 5. nu. 10.* Ridolph. *in praxi, cap. 14. à num. 123.* Posthio *de manut. observat. 60. num. 1.* Bonden. *tom. 2. coluct. 44. num. 229.* Rot. cor. Coccin. *decis. 243. num. 1.* cor. Burat. *decis. 186. num. 7.* & ibi Ferentil. *num. 15.* cor. Dunoz. *decis. 367. num. 10. repet. decis. 569. part. 5. tom. 2.* recent. de Luc. *tom. 12. tit. de benefic. discurs. 98. num. 13.*

5 Por ser semejante sequestro solo provisional para dar providencia en el interim que se determina el pleyto, pareciendole al Iuez lo necessita, segun lo turbio, y embarazoso del negocio, Rot. *decis. 171. num. 3. part. 3. & decis. 200. num. 20. part. 4. tom. 2.* coram Cavaller. *decis. 86. num. 6. & decis. 305. num. 3.* coram Cocc. *decis. 159. num. 2. & decis. 278. num. 2. & decis. 478. num. 2. & 10.* coram Ninot. *decis. 46. à num. 2.*

6 En nuestro caso, la expression de la Sentencia, dexa patente, que el animo del S.S.C. no fue privar al Duque de la possession

que tenia, ſino mantenerle en ella, pues para lo contrario devia manifeſtarſe la voluntad, por repugnarlo en ſi la naturaleza del ſequeſtro provisional, Nogue. *allegat.* 25. *num.* 299. Capic. Latr. *deciſ.* 137. *num.* 6. Salg. *in laberynt. part.* 1. *cap.* 13. §. 1. *num.* 29. Antun. *de donationib. reg. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 93. muchos que colecta la Rota, coram Ottob. *deciſ.* 127. *num.* 5. & 6. & *deciſ.* 141. *num.* 5. coram Cerr. *deciſ.* 175. *num.* 6. & 7.

7 En tanto grado, que en duda ſe entiende pueſto el ſequeſtro por *cuſtodia*, ò *depoſito*, y no con animo de privar de la poſſeſsion al poſſeedor, Rot. *deciſ.* 171. *num.* 3. & 5. *part.* 3. recent. Beltram. ad Gregor. XV. *deciſ.* 9. *num.* 11. Ferentil. ad Burat. *dict. deciſ.* 186. *num.* 15. Ridolphin. *dict. cap.* 14. *num.* 125.

8 Sin que embarace que el S.S.C. de Aragõ, no puſo de oficio el ſequeſtro, ſino aviendolo pedido Don Orger Català, y otros pretendientes, las Villas de Nules, y demàs del vinculo de Gilaberto de Centelles: Porque dello no ſe immuta la naturaleza de ſequeſtro *neceſſario*, à diferencia del *voluntario*, hecho de conſentimiento de las partes; aunque algunos DD. en caſo ſemejante quiſieron introducir tercera eſpecie, dandole nombre de *ſequeſtro mixto*, à ſaber es, parte por autoridad del Iuez, y parte por peticiõ de algunos de los litigantes: Pues como notò Don Iuan del Caſtillo *tit.* 8. *de alimen. cap.* 13. *num.* 4. *verſ. Ego ſane*, lo miſmo es en la ſubſtancia, que el Iuez decrete por ſi, que decretarlo à pedimento de alguno, ò algunos de los intereſſados, para que el *ſequeſtro ſea neceſſario*; y lo ſiguiò el moderno Bas *cap.* 51. *num.* 177. *in fine.*

9 Lagun. *de fruct. part.* 1. *cap.* 31. §. 7. *num.* 17. ibi: *In tertio vero caſu præfatæ principalis diſtinctionis, quando videlicet, ſequeſtrum eſt* mixtum *de partium voluntate, ſimulque & de Iudicis præcepto, idem ac in neceſſario dicendum eſt, vt ſingulariter animadvertunt Selva, & Rebuff. in loco citato, quia prævalet neceſsitas, & præceptum Iudicis, eiuſque effectus, qui non immutantur, ex quo partes neceſsitati huic libenter obtemperent, cum, & neceſſario id facere debeant.*

10 Y de qualquier manera que ſe diſcurra el negocio, nunca puede entrar duda, que el ſequeſtro de que ſe trata, dexò al Duque la poſſeſsion de aquellas Villas en la miſma forma que

an-

antes la avia tenido, menos el continuar en la *conveniencia*, y *comodidad* de percebir los frutos en fuerça de las palabras: *Sine præiudicio iurium partium, tàm in possessorio, quàm in petitorio.* Y lo respectante al *possessorio* mirò, y pudo atender solo al Duque, por no aver ninguno de los otros litigantes que posseyesse, ni aun que pretendiesse posseer, como lo dexan notorio los autos del pleyto.

11 Assi lo declarò la Rot. *decis.* 513. *num.* 6. *part.* 1. recent. *Prætereà fuit quoque dictum huiusmodi avocationem fuisse factam Iudicis officio, per quam propterea non censetur dictæ filiæ earum possessione privatæ; maximè cùm fuerit facta cum clausula*, sine præiudicio iurium partium, *per quam censetur præservatum dictis filiabus omne ius illis competens de iure communi.*

12 Por ampliacion de la regla de no privar el sequestro necessario al posseedor de su possession, lo afirmò Posth. *de manuten. observat.* 60. *num.* 3. ibi: *Multò fortius si avocatio seu sequestratio fuerit facta cum clausula*, sine præiudicio iurium partium.

13 Con su gran magisterio Pedro Iuan Fontanell. *de pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *num.* 21. & 22. con estas palabras: *Nota fuisse datum interdictum interim non obstante sequestro, quod fuerat positum in hæreditate post adeptam possessionem per viduam, qui fuit punctus, quem disputavimus inter alia in dicta causa, & disputarunt etiam alij Advocati in illa alia causa Baroniæ de Centelles, de qua suprà, quia iudicium summarissimum, interim, non cessat ex eo quòd ad vitanda scandala sit possessio per superiorem avocata, & sequestrata. Ratio est clara, quam adducit Gail ubi supra, num.* 10. *quia sequestratione non amittitur possessio, sed sequester est in possessione* custodiæ causæ tantum, *ergo is qui possidebat antea, possidet etiam post sequestrationem: ergo potest intentare quæcumque remedia possessoria, non obstante sequestratione. Et in nostro casu res est citra omnem difficultatem, cùm expressè in provisione sequestri soleat poni clausula;* sine præiudicio iurium, & prætensionem partium, tàm in quocumque possessorio, quàm petitorio.

14 Lo mismo (aunque sin referir ninguno de los expressados) tuvo por llano, firme, y seguro el moderno Carol. Ant. de Luc. ad Gracian. *discept.* 114. *num.* 3. ibi: *Hæc species sequestri provisiona-*

nalis ex Iudicis officio magis percutit fructus, & nudam detentationem, quàm possessionem. Et certius ex clausula protestativa in Decreto, absque præiudicio iurium ambarum partium, tàm in petitorio, quàm in possessorio, *quod procedit in sequestro provisionali.*

15 El Cardenal de Luc. *discurs.* 127.*num.*9.*tit. de feud. in suplem. tom.*1. dando por constante, que en su caso competia al posseedor el pingue, y mas privilegiado possessorio retinendæ, prosigue: *Cùm obstare non posse advertebam, sequestrum, vel avocationem possessionis factam per Senatum, ut supra, tum ob expressam adiectionem clausulæ,* sine præiudicio, *per quam omne præiudicium remanet præservatum; tum etiam, quia talis est natura sequestri provisionalis, ut non tollat possessionem, neque impediat huius interdicti competentiam.*

16 Tanta efficazia tiene el salvamento referido, que con ser assi que el sequestro voluntario, hecho de consentimiento de las partes, las priva de la possession, Bart. *in l. interesse, num.* 4.*ff. de adq. posses.* Cardinal. *in Clement.* 1.*num.*25.& 32.*de sequest. posses. & fruct.* Rot. *decis.* 171.*num.*4.*part.*3. recent. coram Greg. XV. *decis.* 307.*num.* 17. cessa esta regla en caso de pedirse, *sine præiudicio iurium partium, &c.* Cardinal. *ubi proxime, num.* 32. Beltram. ad Greg. *decis.* 9.*num.* 15. Ridolphin. *in praxi, part.* 1. *cap.* 14.*num.*121. ibi: *Non procedit in petente sequestrum cum clausula,* sine præiudicio iurium suorum in petitorio, & possessorio, *nam tunc sequestratio, etiam voluntaria non privat aliquem sua possessione.*

17 Aun expressa mas la dicha Sentencia del año 1692. lo necessario del sequestro, y dexar al Duque en los derechos de su possession: Pues sobre las palabras del motivo, *Iustis causis, & motivis* (q̃ es el fundamẽto con que los DD. citados, y otros explican el sequestro necessario, regulado al arbitrio del Iuez) se añade en la conclusion, ut ibi: *Hoc tamen intellecto, quod sequestrator teneatur idoneè cavere, & pecunias, ex fructibus processas, deponere in tabula, &c. ad soltam Iudicis ad quem spectet.*

18 Que fue directa, y absolutamente acudir à la *custodia* de los frutos, y deposito de lo procedido de ellos, y no poderse expen-

der sino de orden de esta S.R.A. en los quales terminos no priva el sequestro la possession al que la tiene, *l. licet, §. rei depositæ, l. interesse, ff. de adq possess. glos. in l. 1. in verb. sequestratione, C. de prohibita sequest. pecun.* Ridolphin. *ubi proxime, num.* 122. ibi: *Quando actum fuit, ut tantum causa custodiæ sit facta depositio, tunc sequestratio non privat possessione.*

19 De que se concluye, que hallandose, como se hallava el Duque en possession de Nules, y demas Villas, en los dias 8. de Deziembre 1690. y 18. de Deziembre 1691. en que el Dotor Tapies, su Poderario General, otorgò la cōduccion, y carta de pago respective, en favor de Don Iuan Bautista, y que la Sentencia de sequestro no se publicò hasta 31. de Octubre 1692: se sigue de precisso, que la legitimidad que tuvo lo obrado antes, no puede anularse por el sequestro provisional, despues interpuesto, dexando al Duque, como en el se le dexò, en la possession que tenia, tanto por el salvamento, *sine præiudicio iurium partium, tàm in possessorio, quàm in petitorio,* como por la misma naturaleza del sequestro que puso el S.S.C.

20 LO PRIMERO: Porque dicho sequestro no pudo tener efecto sino en lo venidero, no empero en lo passado; ni al sequestrador se le diò, ni pudo dar en aquellos terminos accion para repetir del posseedor lo ya cobrado, ni menos para invalidar las operaciones, actos, y contratos celebrados por el posseedor, en todo el tiempo que libremente, y sin embarazo alguno, se mantuvo en la possession, y su comodidad.

21 Fundase, en que semejante sequestro solo impide al posseedor la cobrança en lo venidero, y para dicho efeto se huvo de poner, pues à no averse puesto pudiera el posseedor continuar de la misma manera que antes; en que convienen los DD. arriba citados, y lo declarò la Rot. *decis.* 332. *num.* 7. *part.* 9. *tòm.* 2. *recent.* donde pronunciò ilegitimo lo cobrado por el posseedor, con motivo de ser despues del sequestro provisional. Y lo haze mas evidente, el q̄ el sequestrador en caso semejante es *mero depositario,* segū el *text. in l. 1. in fin. l. Lutius* 24. *ff. de pos.* cō la facultad sola de la percepciō de frutos, y beneficiarles para passar las pecunias de ellos al deposito, hasta que determi-

minado el pleyto, puedan entregarse al vencedor, Cardinal. *in Clement.*1.*num.*9.*& à num.*33.*de sequest.poss.& fruct.l.si oleū,* vbi Bart,*ff.de dol.mal.* Vest.*in prax.lib.*7.*cap.*2.*num.*4. Ridolph. *dict.cap.*14.*num.* 135. Lagun. *part.*1.*cap.*31.§.7.*num.*7. donde expressa, que el sequestrador no tiene possession alguna, y que la q̄ exerce es en nombre del que se verifica despues por la Sentencia ser vencedor, y devërsele los frutos; y en el numero 16. assegura no distinguirse del depositario.

22 Por manera, que siendo, como es, innegable, que quando la dilacion de la paga se halla puesta en beneficio del deudor, puede este anticiparla, aun reluctandolo el creedor, *l. Quod in diem ff.de solut.l.Stipulatio ista,§.Inter certam, ff.de verbor. obligat.l.Quod si quis,ff.de act. & obligat.l.Intra dies ff.de re iudicata,l.Eum qui ff.de annu.legat.l.In diem.l.Sub cōditione, ff.de condict. indeb.* queda llano, que aviendo pagado Don Iuan Bautista, y recibido el Duque en tiempo habil, los frutos civiles del precio de la conduccion, y mantenidole la Sentencia en la possession por el salvamento, *sine præiudicio*, no pudo despues el sequestrador, durante el pleyto, tener derecho, ni accion para pedir à Don Iuan, que bolviesse à pagar.

23 Porque el deudor in *diem certum*, que paga anticipado à su creedor, resta libre de la obligacion, *l.Stipulatio ista.§.Inter certam, de verbor.oblig.* y demàs arriba citados, cum alijs adductis per Gom. *var. resolut.lib.*2.*cap.*11.*num.* 22. donde Ayel.*n.* 23, recoge muchos. Y es expresso el *Text. in l.Quod in diē* 70. *ff.* de *solut.*ibi: *Quod in* diē certū *promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur l.Post mortem,C.de fideicom.*

24 En lo especifico de adelantar pagas el conductor, quando el precio convenido es dinero, lo expressò Pedro Pacion. *de locat.& conduct.cap.*37.*à num.*44. donde despues de aver sentado *à num.*41. la regla, *quod debitum in diem potest solvi per debitorem, ante illius eventum, licet à creditore non possit peti*, solo limita los casos, en que de la anticipacion se seguiria, ò podria seguir daño al locador, con las palabras siguientes:

25 *In proposito autem, si merces consistat in pecunia, dicendum erit cō-*

du-

ductorem posse solvere ante tempus; quia non adest ratio cur recedamus à dicta regula, quod censeatur appositum tempus, seu data dilatio ad solvendum gratia debitoris, nisi forte ageretur de locatione ad lõgum tempus, pro qua destinata esset solutio annua, & conductor vellet solvere anticipatè per plures annos, quia posset tunc considerari præiudicium locatoris, ex quo per continuatam solutionem singulis annis factam, facilius probatur eius dominium, vel quasi possessio exigendi, qua ratione in creditore census, quod non posit compelli recipere solutionem anticipatam tenuit Bene. Bon. in tract. de cens. art. 7. num. 22. & eandem opinionem amplexus est etiam Cenc. eodem tract. quæst. 84.*num.*9.

26 Y por el mismo motivo, desde el num. 45. al 47. limita tambien de la regla, quando el precio de la locacion està convenido en frutos de cada vn año, por el perjuizio que pagado en vna vez tendria el locador, no solo aviendoles de guardar, sino por la contingencia de gastarse: Por manera, que menos en los casos, que puede seguirse agravio, ò daño al locador, queda en libertad del conductor el pagar adelantado, por la regla ya referida.

27 En el subconductor, que està obligado por la hypotecaria al locador primero *ex text. in l. Solutum* 11. §. *Solutam* 5. *ff. de pignoribus*, es comun, y corriente, que si paga anticipado al conductor, resta libre, sin poder el dueño locador repetir de èl, ni echarlo de la casa, ò tierra conducida, sino en el caso subsidiario, que baxo se expressarà, Canc. *variar. lib.* 1. *cap.* 14 *num.* 2. Gom. *variar. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 12. Caroc. *de locat. part.* 5. *quæst.* 2. *tit. de invect. & illat. num.* 10. Toro *in compend. decis. part.* 2. *lit.* S. *verb. Subconductor*, *fol. mihi* 661.

28 Y no solo queda libre el deudor, que anticipadamente paga à su creedor, sino tambien pagando (como pagò Don Iuan) al procurador del creedor, segun que en lo puntual, ademàs de los citados en el primer alegato con Gracian. lo notarõ Ayel. ad Gom. *lib.* 2. *cap.* 11. *num*, 23. aun en procurador revocado, ignorando el deudor la revocaciõ, Carol. Ant. de Luc. ad Gracian. *discept.* 127. *à num.* 9. que solo duda en el caso de estar revocado el procurador al tiempo de la paga, Egidio Bassio *in*

prax.

prax.tit. Debitores an deling. solv. poss. à num.6.

29 Y aunque Muñoz Escob. *de ratioc. cap.23. num.56.* y con él Gracian. *discep. 127. num. 33. in fin.* distinguierō entre el procurador *cum libera*, al que solo tiene mandato *ad habendum*, es futil la distincion, por lo que muy extenso, disputado el punto por vna, y otra parte, notò Cevall. *quæst. 790. à num. 58.* y no se pueden omitir sus palabras, por lo que determinan la disputa con los fundamentos de mas verdadera doctrina, ibi:

30 *Ex quibus iuribus, & rationibus conterritus Muñoz Escob. dicit, quod iste articulus est anceps, & parū à Doctoribus agitatus, & postquam distinctionem fecit, parum concludentem, relinquit cogitandum. Vnde vltra eum ex supradictis resolutionibus tenēdum est, quòd sive solutio facta sit vero domino, sive eius administratori, vel procuratori (dum tamen habeat mandatum ad RECIPIENDVM, & RECVPERANDVM quodcumque debitum) debitor solvendo ante diem erit liberatus, quia licet pendente die non potest cogi ad solutionem pecuniæ: tamen ipse realiter, & verè debitor est. Ergo si est debitor, & procurator habet mandatum ad RECIPIENDVM DEBITVM, sequitur, quòd non solùm comprehenditur illud, quod ab invito debitore recuperari potest, sed etiam à debitore voluntarie solvente, quia tempus solutionis non gratia creditoris, sed debitoris est adiectum, & illud satis clarè insinuant verba, dictæ leg. Qui hominem, §. Si Titium, de solutionib. & d.l. Quod in diem, quæ loquitur in ipso creditore, & procedit etiam in procuratore, ex regula iuris, qua cavetur, quòd illud, quod per nos possumus facere, & per nostros procuratores ad hoc constitutos, & cùm casus iste de facto, mihi contigisset, ita consului, & sic erit tenendum in iudicando, & consulendo.*

31 Y es digno de nota, que el mismo Escobar despues de aver insudado en la distincion, vencido de la eficazia del derecho, que reconociò le resistia, afirmò, que estando el dia cierto de la paga, puesto en favor del deudor, se librava este de la obligacion, aun pagando al procurador simple *ad habendum*; estas son sus palabras: *Idem esset dicendum, vbi dies solutionis destinatus, appositus fuisset in favorem debitoris, quia hoc casu solvendo habenti mādatum generale cum libera, & etiam habenti mandatum SIMPLEX ad recuperandū quod debitū esset BENE solutum fuisset; quia quòd in*

 diem

diem debetur, ab initio contracti debiti, afficit debitorem ad solvendum vt in l. Cedere diem ff. de verbor. signif.

32 Quando sin injuria de lo verdadero tuviesse prevalecencia el necessitarse de mandato general, *cum libera*, resta evidenciado en la alegacion primera, tenerle el Dotor Tapies del Duque, con todos los cabales, muchos años antes: Y en la ocurrencia presente concurren quatro razones especiales, que por cada vna de ellas deve quedar, y quedò libre Don Iuan Bautista, por la paga que hizo.

33 La primera. Porq̃ dicho Dotor Tapies muchos años antes, y despues de otorgar la locacion, y carta de pago, se tratò, y fue tenido, y reputado publicamente, por procurador General del Duque en esta Ciudad de Valencia; y en estos terminos se libra el deudor pagando, aunque la persona à quien paga no tuviere poder alguno para recibir, *ex tex. in l. eius, qui in provincia* 41. §. *si certum. de rebus credit. l. Si quis servo. ff. de solut. cum similibus*, y con ellos lo asseguró Tiraquel. *ad ll. Conubial. l.* 16. *glos.* 8. *num.* 148. ibi: *Solvens ei, qui communi opinione etiam reputatur procurator creditoris ad exigendas pecunias liberatur, quamvis non sit procurator.* Y lo notò tambien, como si escriviesse en nuestro frangente, Gracian. *discept.* 505. *num.* 34. ibi: *Adde quod etiam sumus in procuratore, & administratore, qui publicè se gerebat pro tali, vnde debent valere gesta cum eo, ne contrahentes cum illo decipiantur.* Y este es otro de los motivos, en que defiende legitima la paga anticipada hecha al procurador. Y lo decidiò la Rota *decis.* 566. *num.* 2. *part.* 2. & *decis.* 262. *n.* 1. *part.* 4. *tom.* 2. *recent.* y con ellas lo assegura Pacion. *de locat. cap.* 36. *num.* 126.

34 La segunda: Porque el Dotor Tapies tenia (entre otros poderes) el de locar, en virtud del qual otorgò à Don Iuan Bautista la locacion de que se trata, y fue acceptada por el mismo Don Iuan; y assi es llano, que este le pudo pagar el precio, y quedar libre de su obligacion, aunque no tuviesse otro poder; por ser comun, y admitido, que el mandatario para locar, puede recibir, y se le paga legitimamente el precio de la conduccion, ex Bart. Bald. Paul. de Castr. *in l. filiæ, ff. de solut.* Iason *in l. Eum, qui, §. Qui sibi, ff. de verb. obligat. num.* 13. Canc. *variar. lib.*

l.

1.*cap.*14.*num.* 84. Gracian. *discept.*20.*n.*22. fundandolo, *quia ex quo fuit approbata persona ad contrahendum, dicitur approbata ad recipiendam solutionem*, de Luc. *in additione*, *à num.* 10. & ad Franch.*decis.*699.*num.* 2. Altimar. ad Rovit.*cons.*41.*num.*29. *lib.*3.Paul. Staiban.*in observat.ad resolut.*78.*à num.*3. Pacion. *de locat.cap.*36.*num.*40.

35 Sin que obste el *text. in l.*1.§. *Igitur, ff. de exercitoria action.* donde al procurador para arrendar se le niega el poder recibir: Porque en aquel caso se hallava concebido el mandato cō la diccion taxativa *tantum*, de que se imposibilitò la facultad de cobrar, Cancer.*ubi supra*, *num.* 18. Padill.*in l. transactionis placitum,num.*25. *ff.de transact.* Gracian.*dict.discept.*20.*num.*42. citando à Bertaz. Decio, y Strac. & ibidem de Luc. *num.* 10. *vers.Tenentes*, & ad Franch.*decis.*699.*num.*2.*vers. Et quamvis*, Staiban.*dict. observat. ad resolut.* 78.*num.*5.conviniendo todos los citados prevalecer este sentir, segun las reglas de verdadera doctrina, al de los DD. que se le opusieron.

36 Y mas, atendida la calidad de dicho Dotor Tapies, como en caso parecido, estimò el Senado de Napoles en la decision de Franch.699. *in fin.vers. His discursis*, ibi: *Et secundùm opinionem, magis æquam, in præsenti casu, iudicavit Sacrum Consilium, attenta etiam qualitate personæ, cui erat data potestas locandi* : y de Luc. sobre dicha decision *à num.* 3. añade à Toro *part.* 1. *compend.*verb.*Procurator*, y concluye : *Et ita ego existimarem in contingentia, attendendam esse qualitatem personæ procuratoris.* Y lo repite ad Gracian.*dict.discept.*20.*num.*10.*vers. In stricta*; y antes lo avia notado Golin.*de procurat.part.*2.*cap.*1.*n.* 20. y el mismo de Luc. ad Golin.*ibidem num.*12.*vers.In stricta*, donde traslada lo mismo, que tenia escrito en la *animad. ad Gracian.*

37 Pacion.*de locat.& conduct.cap.*36.*num.*7.tuvo por mas segura, cierta, y recibida, à lo menos de equidad, la opinion que favorece al procurador para arrendar: *Idque maximè* (dize) *si ex qualitate procuratoris cesset suspicio.*

38 Y el mismo Pacion.*ibidem num.*8.lo amplìa, aunque el procurador estipulasse el precio à favor del principal; ò que el notario, por la absencia de èl, hiziesse aquella estipulacion; y se

fun-

funda, en que la persona con quien se trata, lo es siempre legitima para cobrar, en cumplimiento de lo contratado, sino se le huviere restringido el poder, *l. Si filius*, & ibi Bart. Alex. Dec. Ias. & alij, *C. de pact.* Bart, *in l. Quod servus, & in l. filiæ, ff. de solut.* Surd. *decis.* 229. *à num.* 8. con diccion restrictiva: Y con el dicho Pacion. y otros, lo asseguró Carol. Ant. de Luc. ad Golin. *part.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. *vers. Ampliat.*

39 En terminos de censo cargado por procurador especial para dicho efeto, y aver el mismo cobrado los reditos, lo declarò la Rot. coram Ramboldo *decis.* 174. *post Cetium de censib. num.* 2. ibi: *Nihilominus cum contractus census, de quo agitur, fuerit cum ipso Vincetio celebratus, rectè potuerunt fructus dicti census eidem Vincetio solvi; regula enim illa, quòd solvens alij, quàm vero creditori non liberetur, etiam solvendo coniunctæ personæ limitatur, vt non procedat, quando contractus fuerat cum persona, cui facta est solutio celebratus: Qui enim præpositus est ad contrahendum, videtur etiam præpositus ad recipiendum solutionem, vt inquit Bart. in dict. l. Quòd servus, ff. de solut. vbi subdit hoc esse menti tenendum.*

40 La tercera: Porque dicho Dotor Tapies fue con quien contratò Don Iuan Bautista. Y es conclusion de regla, y absoluta, que paga legitimamente, y se libra el que satisfaze, y entrega la cantidad del contrato al procurador, con quien le celebrò, aunque no tuviesse mandato, por bastar el averle tenido para el contrato, *l. Quod servus ff. de solut. l. Quod servus, l. Bona fides, ff. deposit. l. Vrbana, vbi DD. ff. de condit. & demonstr. l. Si vnus, ff. de pact. l. Filius, C. eodem,* Gutierr. *allegat.* 1. *à num.* 29. *& de tutel. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 77. Afflict. *decis.* 147. *& decis.* 335. *num.* 21. muchos que recoge Hodier. ad Surd. *decis.* 229. *à num.* 1.

41 Y en lo puntual de procurador para locar lo afirma Gracian. *dict. discept.* 20. *num.* 32. *ad* 35. ibi: *Quia in casu, de quo agebamus, solutio fuit facta eidem, qui locaverat domum nomine principalis domini, cui poterat rectè solvi; prout etiam alias cùm de hoc dubitaretur declaravi. Ratio, quia præpositus ad contrahendum, videtur etiam præpositus ad recipiendum solutionem, quasi videatur illi solvi posse ex contractu cum eo celebrato; quod procedit quamvis contractus fuerit celebratus nomine alterius: ex quo enim fuit approbata persona ad*

con-

contrahendum, etiam dicitur approbata ad recipiendum solutionem: Nam licet vtilitas contractus sit alterius, tamen actio, & obligatio acquiritur stipulanti cedenda ei, pro quo fuit stipulatum, ideo illi rectè poterit solvi; ita vt liberetur solvens procuratori, cum quo celebravit contractum, quamvis mandatum illius non esset legitimum.

42 Don Alfonso de Olea *de cess. iur. tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 45. considerò, que el pagar à la misma persona del contrato, era consequencia legitima del antecedente necessario de aver con ella contratado, para que al deudor no se le siga daño; de que prosigue: *Liberatur enim qui solvit ei, cum quo contraxit, licet is dominus non esset, vel facultatem exigendi non haberet, si solvens iustam habuerit ignorandi causam. Text. in d. l. filiæ* 88. *l. Si vrbana* 55. *ff. de condic. indeb. l. Quod servus* 11. *ff. deposit.* Ciriac. *controv.* 123. *num.* 2. & 15. Afflict. *decis.* 147. Gracian. *dict. discept.* 20. *num.* 35. de que passan à conceder legitimidad à la paga hecha al hijo de familias, al falso tutor, al religioso, y aun al ladron, con quiẽ se contratò, Surd. *cons.* 43. *à num.* 1. Canc. *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 37. Ciriac. *controv.* 330. *à num.* 27. y muchos que acusa Olea *vbi proxime, num.* 45. y en los siguientes lo estiende à otros casos.

43 Sin que obste que lo hasta aqui fundado tendria lugar en paga verdadera, y no ficticia, como la de confession de aver recibido, que es la carta de pago, otorgada por el Dotor Tapies, Gracian. *dict. discept.* 20. *num.* 36. Surd. *decis.* 229. *num.* 23. & 24. Altimar. ad Rovit. *cons.* 41. *num.* 8. *lib.* 3. de Luc. ad Golin. *part.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. *vers. Notandum*, & ad Gracian. *dict. discept.* 20. *vers. Solutio tamen*, Staib. *in observat. ad resolut.* 78. *num.* 10. & 11.

44 Porque en nuestra contingencia concurren las tres falencias, que aviendose hecho cargo del obice, ponderò el mismo Carol. Ant. de Luc. ad Franch. *decis.* 699. *num.* 4. ibi: *Nisi constitutus sit procurator cum clausula*, ad confitendum de recepto, & *præsertim si sit* cum libera, & *si principalis promiserit habere ratum.* Y en cada vna de ellas cita diferentes DD. Y no solo en el poder general del Dotor Tapies se halla todo lo referido, sino que el Duque no niega, ni nunca ha negado, que se le pagò legitimamente,

45 La quarta: Porque Escobar *de ratioc. dict. cap.* 23. *à num.* 49. Gracian *discept.* 127. & 505. y demàs que escriven al assumpto, de si se puede, ò no pagar anticipado al procurador *ad habendum*, disputan solo entre el creedor, y deudor, en orden à si haziendose el mandatario no pagador, ò revocandole el principal el poder antes del emplazamiento, podrà el primero cobrar del segundo lo pagado al mandatario; no empero entran en controversia à tercero, que por interès proprio quiera anular la solucion, por defeto de poder, en caso de dar por constante el creedor (como al presente) que la paga hecha à su procurador fue legitima: Y se podrà ver lo escrito por dichos DD. en credito de lo referido.

46 Y en ello ay razon legal muy fundada, y es, que el pedir el tercero por mal pagado anticipadamente, consiste en el derecho que por si pretende en nombre proprio en las pagas intermedias, no por averse pagado al mandatario, dudando de sus facultades, sino por aver recibido el mandante, ò el mandatario, ò otro qualquiera, lo que el tercero prueva pertenezerle: Y esta disputa va por otras reglas distantissimas, de las de podetario à principal, como llevo baxo num. 57.

47 De forma, que considerado el negocio en lo especifico de nuestro litigio, en que pidiò el sequestrador, ò depositario à Don Iuan Bautista, lo por este pagado al procurador de el Duque, que confiessa aver recibido, no ay Texto, ni Interprete, que dude, ni pueda dudar, que el deudor pagò legitimamente el precio de la conduccion, à lo menos no aviendo probado, que huviesse dolo en la paga, de que hablarè baxo num.

48 Y se haze patente, de que Don Iuan, aun despues del sequestro, continuò los años del arrendamiento, que le otorgò el procurador del Duque en 8. de Deziembre 1690. hasta que llegò à executarse la Sentencia de 21. de Mayo 1694. que mãdò poner à Don Otger en la possession de las Villas; y aviendo tenido, como tuvo, y deviò tener legitimidad la conduccion hecha en nombre del Duque, antes de ponerse el sequestro, sin averla podido alterar, ni remover el sequestrador, eo depositario, no se encuentra razon de ilegitimidad en la paga, corrien-

do en ella las mismas identidades de posseer el Duque, estar en tiempo habil, y ser los mismos contrayentes; y se expenderà mas abaxo, en lo respectante à la permanencia de la conducción.

49 LO SEGVNDO: Porque aun despues de executado el sequestro, quedò en el Duque la possession con todos sus efectos, por no aversele privado otro, que el continuar en la comodidad, y percepcion de frutos venideros, passandose esta al ministerio del sequestrador, ò depositario, para tenerles custodidos, y guardados.

50 Con muchos Ferentil. ad Burat. *decis.* 186. *à num.* 15. ibi: *Possessione sua, quis nõ privatur, per avocationem factam à Iudice ex officio, quia præsumitur* custodię causa, *& hoc procedit etiã si possessor sequestro consenserit; & ideo non privat possessorem EFFECTIBVS iuris, licet privet commodo fructuum.*

51 Fontanel. *claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *num.* 22. ibi: *Quia sequestratione non amittitur possessio, sed sequester est in possessione* custodiæ causa tantum: *ergo is qui possidebat antea, possidet etiam post sequestrationem: ergo potest intentare quæcumque remedia possessoria, non obstante sequestratione.* Y lo mismo afirma el Card. de Luc. *de feud. discurs.* 127. *num.* 9. *in suplem. tom.* 1. Y antes lo dixo Gail. *tom.* 1. *observat.* 5. *num.* 10. de donde lo sacò Fontanella.

52 Ridolph. *in prax. part.* 1. *cap.* 14. *à num.* 124. ibi: *Hæc necessaria sequestratio regulariter non privat aliquem sua possessione, præsertim, quando est facta causa* custodiæ; *& in dubio sequestrum censetur appositum causa* custodiæ, *non autem animo privandi aliquem sua possessione, etiam si pars consentiat sequestro, nam tunc huiusmodi consensus non privat aliquem sua possessione, quia regulatur secundùm naturam decreti Iudicis, & illi efficitur conformis; vnde sicut decretum non privat possessione, ita nec consensus, quia sequitur eius naturam: Et licet sequestratio privet possessorem commodo fructuum, non tamen illum privat EFFECTIBVS IVRIS.*

53 De que por todos diò la razon Gail. *lib.* 1. *dict. observat.* 5. *n.* 10. *in fin. Aliud autem est possidere, & aliud esse in possessione, sicuti noti iuris est, per tex. in l.* 3. §. *fin. & in l. Cum meo, ff. de adq. possess. & in l. Si duo, §. Creditores, vti possid. & in l. Si finita, §. Si quis autem,*

tom, ff. de damno infect. in l. Sciendum, §. Possessor, ff. qui satisd. cogan. & in l. Siquis ante, §. Idem Pomponius ff. de adq. posses.

54 Luego aviendo pagado Don Iuan Bautista, y recibido el Duque el dinero muchos meses antes de ponerse el sequestro, no se puede compeler al primero que buelva à pagar, ni al segundo, que restituya lo pagado, y recibido respectivamente en tiempo legitimo, quando era notoria la possession del Duque, cobrança de las rentas, y exercicio de jurisdiciō en aquellas Villas; pues de lo contrario se le perturbaria, y aun privaria de ella, y de todos los efectos del derecho, en que le quiso dexar, y dexò la Real Sentencia del sequestro.

55 Porque esta solo le privò el continuar la cobrança, no empero hablò, ni tratò de lo ya cobrado, y por la possession, en que mantuvo al Duque, y efectos de ella, se haze innegable, que podia retener lo cobrado, durante el litigio (que es como deve considerarse el negocio) por ser conclusion de regla, que al que el derecho excluye de pedir, no le excluye, ni niega el retener, Dec. *cons.* 257. *num.* 2. Cephal. *cons.* 86. *num.* 10. *lib.* 1. & *cons.* 658. *num.* 24. *lib.* 5. Altog. *cons.* 74. *num.* 44. *lib.* 1. Andreol. *controv.* 21. *num.* 16. Surd. *decis.* 277. *num.* 14. Bonden. *tom.* 1. *collect.* 9. *num.* 97. *in fin.* el moderno Geronymo Rocc. *tom.* 2 *discept. select.* 114. *num.* 25. Rota coram Merlin. *decis.* 230. *num.* 1. cor. Bich. *decis.* 658. *num.* 29. y es mas facil el derecho en conceder la retencion, que la accion, *l. Paulus, ff. de dol. excep.* Andreol. *dict. controv.* 21. *num.* 15. Ciriac. *controv.* 180. *num.* 50. Olea *de cess. iuris, tit.* 4. *quæst.* 7. *num.* 30. Demanera, que serìa acto complicado mantener al Duque en la possession, con todos los efectos de ella, durante el litigio, y obligar à Don Iuan Bautista à bolver à pagar lo que ya pagò al Duque en tiempo legitimo antes del sequestro.

56 Ni en lo que va fundado puede considerarse agravio de D. Orger: Porque durante el pleyto principal (que fue el tiempo interino del sequestro) no tuvo derecho de pedir por si, por no estar toda via declarado, que devia ser puesto en possession de las Villas, en virtud del vinculo, y pender toda via el evento del pleyto, y aun en el tiempo de la paga no aver sequestro, como

mo no le huvo hasta muchos meses despues; y quando se determinò à su favor, se le condenò al Duque à la restitucion de los frutos percebidos, y que se pudieron percibir, contra quiẽ tiene Don Otger llano el passo, y ya lo intentò en el juizio de liquidacion de frutos.

57 LO TERCERO. Porque toda la esperança de Don Otger consiste en que muerto, ò privado el posseedor de fideicomisso, Mayorazgo, Prelacia, Dignidad, ò beneficio, es ilegitimo lo pagado anticipado, y deve bolver à pagar el conductor, quien huvo de tener presente el dominio temporal, y vitalicio del locador, Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 10. & ibi Addent. *n.* 1. *&* 2. *vers. Ibi ad modicum*, Barb. *in l. Filius familias, §. vltim. n.* 27. *ff. solut. matrim.* Velaz. *de iur. emphit. quæst.* 10. *num.* 5. Cald. Pereyr. *de renovat. quæst.* 20. *nu.* 3. Salg. *in labyrinth part.* 2. *cap.* 29. *num.* 47. Tranch. *consul.* 8. *num.* 44. Amat. *resolut.* 29. *per tot. & alibi passim.* Empero con infelicidad, por no ser en manera alguna aplicable aquella doctrina à nuestro assumpto.

58 Para ello ha de llevarse entendido, que la conclusion expressada por los DD. citados, corre, y se exagita dentro la otra, si el successor en el fideicomisso, Mayorazgo, Dignidad, &c. resta obligado à la locacion hecha por su antecessor difunto, ò privado, en que dexando à vn lado las diferencias de fideicomisso simple, particular, y demàs, que con muchos DD. pondera el moderno Torre *tom.* 2. *de maiorat. quæst.* 7. *à num.* 1. *&* 5. y las otras de bienes Eclesiasticos, y tambien profanos referidas por el Card. de Luc. *tom.* 4. *tit. de locat. discurs.* 25. es comun, y corriente en primogenituras, y mayorazgos, no restar obligado el successor à la locacion del antecessor, Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 3. & ibi Addent. *num.* 1. *&* 2. Meres. *part.* 4. *quæst.* 25. *à num.* 1. Gomez *ad l.* 40. *Tauri, num.* 89. *vers. Iuxta quod tamen*, Castill. *lib.* 5. *cap.* 161. *nu.* 5. Pacion. *de locat. & conduct. cap.* 61. *num.* 151. Torre *dict. lib.* 2. *quæst.* 7. *num.* 5. Pegas *resolut.* 4. *à num.* 5.

59 Los motivos de esta verdadera determinacion excluyen el poderse aplicar lo de paga anticipada al caso de nuestra dispu-

ta: Y son, que viniendo el successor por derecho proprio, adquiere, y se le desembaraza el passo para entrar à posseer, por la muerte, ò privacion del antecessor, que extingue, acaba, y aniquila el derecho de este, por el qual se resuelve el de el conductor; *ex text. in l. Lex victigalis 31. de pignoribus*, *cap. sicut 7. quæst. 1.* como ademàs de poderse ver en los DD. ya citados.

60 Lo dixo por todos, con los primores de su laconico estilo, el Card. de Luc. *tom. 4. tit. de locat. discurs. 25. num. 2. vers. Quod aut agitur*, ibi: *Ex ea ratione, quod cùm beneficiatus in huiusmodi bonis, eorumque fructibus, ius temporale habeat, donec scilicet est beneficij possessor, sequuta per mortem, vel dimissionem huiusmodi possessione, omne ius, tàm suum, quàm habentium causam ab eo, resolutum dicitur, ex regula text. in l. Lex victigalis ff. de pignoribus, ut resoluto iure datoris, resolvatur ius acceptoris; cùm successor veniat iure suo, & per prædecessoris anihilationem.*

61 Demanera, que siendo el fundamento de ilegitimar la paga anticipada de bienes vinculados, lo extinctivo, y resolutivo de el derecho del antecessor, se sigue de necessidad ser invtil arrastrar el sentir de los DD. en succession de fideicomisso, y mayorazgo, à nuestro caso, en que el sequestro dexò en el Duque intactos los derechos de su possession, con todos los efectos de ella, que permanecieron hasta el pronunciamiento en la causa principal.

62 Confuerça lo que llevo referido, el que segun los DD. citados à num. 58. en el caso de muerte, ò privacion del antecessor, avia de cessar la conduccion: Y no cessò la otorgada en nõbre del Duque en 8. de Deziembre 1690. antes continuò D. Iuan Bautista en ella todo el tiempo que durò el sequestro. Y la razon es, no averse este podido extinguir, ni anular, aviendose hecho solo para *custodia*, y sin privar, antes mantener al Duque en la possession que tenia, y con todos los efectos de ella: por lo que huvo de quedar, y quedò la conduccion en su permanencia, como hecha por el verdadero posseedor, hasta que la determinacion principal lo extinguiò todo; y aviendole dado en ella à Don Orger los frutos desde el dia que pidiò, tiene su derecho entero para repetirles contra el Duque, que les hu-

vo,

vo, no contra Don Iuan Bautista, que ya pagò.

63 Y quando lo invariable de la doctrina, que llevo expressada, pudiera padecer falencia, tampoco Don Iuan Bautista podria estar tenido, ni obligado à bolver à pagar, sino en el caso subsidiario de no ser el Duque pagador: De forma, que el sequestrador en su tiempo, y Don Orger aora (continuando la accion) devia primero pedir al Duque, que por si, y por su poderario confessò que huvo la cantidad, y en defecto de bienes del Duque, convenir despues à Don Iuan, en quien entonces quedaria assegurado el recobro de lo anticipado, como en lo puntual de successor en primogenitura lo notò Amat. *resolut.* 29. *num.* 21, citado en el primer alegato; y antes lo avian afirmado.

64 Archidiac. *in cap. alienationes* 12. *quæst.* 2. *num.* 14. en lo terminante de locacion, y aver recibido el Prelado anticipadamente el precio, y pedirle el successor por lo respectante al tiempo, despues de la muerte del locador. ibi: *Sed quid si locator censum, vel pretium locationis recipit, pro pluribus annis, & præmoriatur? Dico hæredem eius, si hæredem habet, teneri suo successori pro rata temporis; si non habet, tenetur TVNC conductor, qui debuit prospicere hoc evenire posse.*

65 Roman. *in l. divortio, num.* 34. *ff. solut. matrim. vers. secundo ad idem*, de quien lo tomò Menoch. *cons.* 1134. *num.* 6. ibi: *Si Canonicus à conductore exigit pensiones futurorum annorum, & ante tempus finitæ locationis decedat, tenetur hæres restituere quod male accepit ipse Canonicus; & si hæredem non reliquit, tenetur conductor, qui ante tempus solvit.*

66 Con muy particular advertencia previno en feudo, fideicomisso, Prelacia, &c. esta doctrina Egidio Bossio *in prax. crim. tit. debitores an delinquent, solvere possint*, pues à *num.* 6. entrò sentando por regla, que los conductores, y deudores, que pagan anticipado el precio de lo q̃ devian *in diem certum*, quedan libres de la obligacion, aunque en el tiempo intermedio entre otro dueño, ò el Fisco, à quien se deviera pagar, à no estar ya pagado el precio, como la anticipacion no fuesse fraudulenta.

67 Y despues de aver discurrido por extenso, passa al *num.* 8. à expressar las palabras siguientes: *Et adverte in causis prædictis, quando CONDVCTOR solvit ante tempus, & aperitur postea feudum, vel vsusfructus, vel Præbenda transit in alium, quod si feudatarius, vel vsufructuarius est solvendo, restituit, quæ habuit vbi fructus non sunt feudatarij, vel alterius presbyteri; si verò NON EST SOLVENDO tenetur conductor, cui imputandum est, quòd solverit.*

68 Por manera, que (dando por constante) los DD. arriba referidos, y demàs citados, restar el conductor libre de la obligacion, por la paga anticipada, solo previenen, que en el caso de ser lo locado de fideicomisso, primogenitura, Prelacia, Dignidad, &c. no serà absoluta la liberacion, premuriendo el posseedor, si este no dexasse bienes de que reintegrar al successor su rateo; fundandolo en que deviendo precaver el conductor aquella contingencia, restara tenido en subsidio.

69 Lo mismo sucede en el subconductor, de que tratê arriba à num. 27. pues aunque pagando al conductor queda libre, si de este no pudiere, por defecto de bienes, cobrar el locador, le resta la accion de executarle, y obligarle à la paga, segun con muchos lo notò el docto Cancer *variar. lib.* 1. *cap.* 14. *à num.* 3. *vers. Dixi nisi secundus*; en que convienen comunmente los DD. que co lecta.

70 La misma acciō subsidiaria reconocieron en favor del mãdante, quando el deudor pagò anticipado al mandatario, con quien contrajo, sin tener mandato especial, y en el tiempo intermedio quedò fallido por decoccion, ò en otra forma, Gracian. *discept.* 20. *num.* 34. & 35. ibi: *Ita vt liberetur solvens procuratori, cum quo celebravit contractum, quamvis mandatum illius non esset legitimum, pro vt falso tutori, si fecit contractum, Afflict. decis.* 147. *nisi sciret illum non habere potestatem, vel nisi procurator non esset SOLVENDO,* Bertaz. *claus.* 41. *glos.* 2. *num.* 2. latê Surdus *decis.* 229. *à num.* 12. *vsque ad num.* 17. y lo siguiò Staib. *in observat. ad resolut.* 78. *num.* 9.

71 Pacion. *de locat. cap.* 37. *à num.* 50. pone la regla, que pagandose anticipado el precio de la conduccion al Prelado, fidei-

co-

comissario,&c.se le deve reintegrar al successor; y este puede pedir el rateo del tiempo que le pertenece: Concluye *à n.61.* vt ibi: *Tenetur tamen semper ipse antecessor, qui anticipatè exigit, vel eius hæres, quod pertinet ad successorem restituere, & quatenus ipse non sit SOLVENDO, tenetur conductor, qui si non potest repetere sibi imputet. Vnde conductor tenebitur saltem in SVBSIDIVM quatenus bona fide solverit.*

72 Por lo general de pagado à procurador que no lo era, ò se ignorava la revocacion, tutor, curador, ò administrador, Hodierna ad Surd. *decis.* 229. aviendose afirmado *à num.* 2. por la legitimidad de la paga, en caso de ser qualquiera de los arriba expressados, el mismo con quien se contratò, pone en el *num.* 6. las falencias siguientes: *Verum intellige supradicta, quando pecunia fuisset versa in vtilitatem pupilli, vel domini; at secus quando in eorum vtilitatem versa non esset nomine quorum contractum fuit, quoniam eo casu plenissimam non consequeretur debitor liberationem. nã in SVBSIDIVM teneretur, quando ipsi curator, & eius fideiussores, vel alius negotiorum gestor, vel administrator non esset SOLVENDO, quamvis cum eis sit contractum.*

73 Con que no dudando el Duque aver pagado D. Iuan Bautista al Dotor Tapies, ni que este tuviesse legitimo poder suyo para el otorgamiento de la locacion, y carta de pago; lo mas que podrà extender el favor assi à Don Orger serìa el concederle regresso contra D. Iuan Bautista, en el caso estrañadissimo de no ser pagador el Duque; no empero puede ser oìdo, conviniendo en derechura à D. Iuan Bautista, y mas por la accion del sequestrador, ò depositario de el tiempo, en que todavia el Duque posseìa, y no se hallava declarado el derecho de Don Orger, y que en la Sentencia se le diò el recobro de los frutos contra el Duque hecha liquidacion.

74 El vltimo asilo de Don Orger consiste en persuadir dolosa, y fraudulenta la carta de pago por la litispendencia, que no podria ignorar Don Iuan Bautista: Y sin embargo, que con lo fundado en la primera alegacion resta desvanecido el obice, considerando, que el litigio empezò desde el primero de Deziembre 1674. y por hallarse posseyendo el Duque, locò, y cobrò

los precios de las locaciones en todo el tiempo intermedio: Y asi de la manera, que en estas no se duda la legitimidad de lo pagado, y que se libraron los conductores de la obligacion, tampoco se podrà dudar en la vltima apoca, comprehendiendo, como comprehende, desde el principio la misma litispendencia, y no añadir lo anticipado circunstancia que la excluya de la inclusion en las antecedentes.

75 Con este supuesto deviera Don Otger en lo particular de adelantado, provar como fundamento de su intencion, el concurso de dolo, y fraude, por no presumirle el derecho en la obra, que por si no repugna, antes tiene legitimidad en derecho, *ex text. in l. Quoties, §. Quia dolo, ff. de probat. l. Dolum, C. de dolo*, el Card. de Luc. *tom.* 10. *tit. de fideicom. discurs.* 182. *n.* 8. *Fraus enim, nec actu, nec potentia præsumitur, nisi probetur, argum. tex. in l. merito, ff. pro socio*, Menoch. *præsumpt.* 82. *num.* 10. *lib.* 4. Rot. coram. Cocc. *decis.* 1513. *num.* 3.

76 Y siendo como es llano, que aun quando concurren, y se pruevan presumpciones de fraude, y dolo, se eliden, y desvanecen por otras contrarias. *l. Divus, ff. de restitutione in integrum. cap. Litteras de restitut. spoliat. cum vulgat.* Rot. coram Cocc. *decis.* 2242. *num.* 8. lo ha de ser tambien, que aviendo verificado el Duque los motivos de la anticipacion para efectuar la jornada, que en el mes de Março del año 1692. executò à la Villa de Madrid, con toda su casa, y familia, y que para el mismo efecto cobrò adelantado de otros conductores suyos (lo que no es estraño, sino frequente, y regular en Señores de su gerarquia, en ocasiones semejantes) quedarà del todo remota la discurrida, imaginada, y sin substancia presumpcion de fraude;

77 Porque quando el acto que se haze està dentro la potencia de hazerse sin fraude, no se puede considerar, ni atender hecho con ella, *L. Qui autem, in princ. ff. quæ in fraudem creditor. l. Cùm pater* 77. *§. Titio in fin. & ibi glos.* verb. *excluserit, ff. de legat.* 2. Surd. *decis.* 21. *num.* 16. *& decis.* 30. *num.* 38. Rot. coram Ludovic. *decis.* 195. *num.* 11. Sperel. *decis.* 28. *num.* 54. Ciriac. *controv.* 131. *num.* 32. ibi: *Tanto magis, quia non præsumitur simulatio, vel fraus, quando sine simulatione quis potuisset facere eúdem actum, prout*

po-

potuissent conducere domini Scaroni, sicuti aliàs conduxerunt.

78 Y por conclusion de regla la notò Antonio Gobio *consult. decis.* 88.*num.* 22. ibi: *Præterquam quod præmeditata hæc voluntas non probatur, ea nihilominus admissa, & ad actum deducta, nihil mali, aut fraudis contineret, sive ex parte illorum de Zanetis, quia ea intentione pecunias numerassent, vt benè docent Molin. &c. sive ex parte Posani recipientis, qui citra omnem fraudem potuissent pecunias illas ad cambium recipere, etiam sub alterius obligatione, vt suis creditoribus satisfaceret: cùmque vtrimque hoc fieri potuerit sine fraude, hinc sequitur, quòd in fraudem factam non fuisse censendum est.*

79 Y con ser assi, que en el elevado caracter de la persona de el Duque serìa temeridad poner la mancha de animo doloso, y fraudulento en la carta de pago de cantidad tan tenue, avido respeto à lo crecido de sus rentas, y proprios, pues solo en el Varon noble removiò el derecho la presumpcion de fraude, *l. Quoties, §. Qui dolo, l. Dolum, ff. de dolo, l. Si creditor, C. de pignorat. action.* y con ellos la Rot. coram Bich. *decis.* 71. *num.* 14. y aun en el mercader rico, de buena fama, y condicion, se excluye, por la calidad de la persona, la sospecha de simulado, y fraudulento en gravamen de su alma, Cæpol. *cons.* 21. *num.* 35. Rot. coram Amat. Dunocet. *decis.* 332. *à num.* 17. y mas siendo el acto de que se trata aver recibido el Duque de Don Iuan lo que le devia: *Qui enim recipit, quod suum est, vel sibi debetur, nullam fraudem, nec dolum comitere certũ est. l. Nihil dolo* 171. *ff. de reg. iur.* Bardellon. *cons.* 183. *à num.* 7. Gobio *consult. decis.* 89. *num.* 10.

80 Es indubitado, que en quanto à Don Iuan (en lo especial de la paga anticipada) no se probò, ni nunca probarà, concurso en la fraude, y dolo; y sin esta precissa circunstancia no podria padezer vicio lo contratado por su parte, aun en caso que por possible, en quanto al Duque, se huviesse verificado, ò podido verificar el animo fraudulento, *glos. in l. Bonam fidem*, verb: *Æquum, in fin. C. de action. & oblig. & in l. Et eleganter, ff. de dolo,* Capon. *de pact. quæst.* 59. *num.* 23.

81 Singularmente no hallandose en el contracto, respecto de Don Iuan, causa lucrativa, sino la honerosa de extinguir su obligacion con la paga, de que es terminante lo escrito por

Egi-

Egidio Bof.*in praxi,tit.debitor.an delinq. solv. posfint, num.6.post princ.*ibi: *Nos in illis*(habla de los pagos) *quæ in diem sunt,tamen arbitro,vt etiam COLONVS particeps fraudis fuerit, quia non agit causam lucrativam,iuxta text. in l. Ait prætor , ff. quæ in fraudem creditcr. Et ideo cùm in dubio non præsumatur fraus,maximè in COLONO,qui ignorat consilium domini , non videtur vt posfit RECINDI solutio:erat enim debitor,licet in diem, & potuit renuntiare favori suo.l.Siquis in conscribendo,C.de pact.*

82 Con que de precisso ha de estimarse legitima la paga de D. Iuan,y este libre de la obligacion por las reglas arriba expressadas;y mas deviendose interpretar siempre lo obrado,de manera que excluya la fraude,Decian.*cons.2.à num. 66.lib.*1.Cæphal.*cons.75.num.*8.Roland.à Vall.*cons.40.à num.2.lib.*2.Rot. coram Amat.Dunocet.*decis.*332.*num.*8.y remitir à Don Otger al juyzio de liquidacion contra el Duque, para el recobro de lo que se le deviere.Asfi espero se declararà. Salva semper, &c.Valencia,y Febrero à 17.de 1697.

Imprimatur. *El D.Ioseph Sanchez.*

Eleut. Torres R. F. A.